

# ASPECTOS DA CHAMADA RECEPÇÃO PRÁTICA DO DIREITO ROMANO NA ALEMANHA

*José Wilson Ferreira Sobrinho*

Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

## 1. CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

O direito, enquanto instrumento regulador da conduta humana de um determinado grupo social, que se encontra dentro de um determinado Estado, provém de algum lugar que se convencionou chamar de "fontes do direito". Essas fontes se constituem na matriz das regras jurídicas que em um determinado espaço-tempo regulam condutas. O ordenamento jurídico de um determinado Estado tem como fontes, pelo menos com base na teoria mais difundida e aceita hoje em dia – a das fontes formais e materiais – normas formais e normas materiais que, em conjunto, darão ao povo os instrumentos necessários para lhes regular as relações bem como para abastecer o órgão legiferante do material imprescindível à feitura das leis.

Por esse caminho, entende-se que um determinado ordenamento jurídico positivo não se abebera noutro a tal ponto de adotá-lo como se fora seu. Isto não ocorre. Na verdade, algumas idéias podem – e devem – ser examinadas e, uma vez comprovada a sua utilidade, nada lhes veda o transplante para outros ordenamentos jurídicos pela via do direito comparado. De notar, por outro lado, que isto não se faz de forma acrítica ou *in natura*. Não. Qualquer instituto jurídico existente em outros ordenamento jurídicos existe para atender a um povo que possui determinadas características: costume, cultura.

Isto funciona então como uma espécie de limite à adoção de certas fórmulas alienígenas que, naturalmente, precisam ser adaptadas às condições reais do povo destinatário dessa transposição sob pena de se ter algo que funciona às mil maravilhas nos Estados Unidos e que simplesmente fica emperrado no Brasil.

Em uma outra perspectiva, pode-se cogitar dessas transposições de institutos estrangeiros durante a fase de quebra da ordem jurídica estabelecida dentro de determinado Estado, via poder constituinte, originário ou supremo. A isso Norberto Bobbio chama de "recepção" (sobre o tema, veja-se Teoria Dell' Ordinamento Giuridico, Giappichelli Editore, Torino, 1960, p. 26).

Entretanto, note-se que neste caso ressaltam duas características importantes: a primeira é a ausência de um ordenamento jurídico, posto que o existente foi esfacelado em virtude de uma revolução, por exemplo; a segunda se consubstancia no fato de que essa "recepção" é operada de forma fragmentária, ou seja, quando da constituição de um novo ordenamento jurídico o poder constituinte, ao lançar mão de certas normas pertencentes a outros ordenamentos jurídicos para incorporá-las ao ordenamento nascente, não o faz in totum. Algumas normas somente são aproveitadas, não assim todos os ordenamentos jurídicos consultados, entendidos como um todo.

Não é nesse sentido, todavia, que se pretende falar de recepção. O que historicamente se conhece com esse nome designa algo um pouco diferente, principalmente pela sua importância e pelas peculiaridades que lhe cercaram, pelo menos na Alemanha.

## 2. O CONCEITO DE RECEPÇÃO

Como se sabe, a Alemanha, durante os séculos XV e XVI, foi palco de um acontecimento que, se não chegou a impressionar como algo que lhe foi exclusivo, impressionou pelo fato de se ter desencadeado a adoção de uma nova ordem jurídica, ordem essa, até certo ponto, completamente estranha àquilo que mais tarde se chamaria de "germanismo". Este acontecimento se chamou de "recepção".

Antes de tratar da problemática conceitual relativa à "recepção", parece conveniente anotar a lição de Brunner-V.Schwerin – no tocante ao aspecto bipartido, por assim dizer, da recepção: recepção teórica e recepção prática. Segundo estes autores, a recepção prática teve na recepção teórica a sua condição vital para ocorrer, como que lhe tendo preparado o caminho. Mas, evidentemente, não se pode cogitar de uma igualdade entre ambas, posto que diferem relativamente ao objeto, à extensão e aos efeitos. Com base nessa observação, Schwerin procura traçar uma linha divisória entre as duas formas de recepção ao sustentar que:

*La recepción teórica tuvo por objeto los libros de derecho justinianeos: Instituciones, Pandectas, Codex y Novellae. No fué una recep-*

*ción de normas de derecho e instituciones jurídicas aisladas, sino que comprendió el corpus iuris civilis in coplexu: pero sólo fué recibido como derecho subsidiario. Por el contrario, la recepción práctica se promovió en la ciencia jurídica, formada en Italia sobre el corpus iuris civilis, cuyas doctrinas modernizaba y transformaba en múltiples ocasiones. (Historia del Derecho Germanico, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, pp. 266 usque 269, tradução de José Luis Álvares López).*

Na verdade, considerada como um todo ou em suas partes componentes (teórica e prática), a recepção do direito romano na Alemanha não é apenas um fato que possa, de forma instantânea, ser visto na sua globalidade. Ele é antes o resultado de uma sucessão de fatos, a culminância de todo um processo, por assim dizer. Isto se por um lado permite ao historiador do direito uma série de ângulos por onde a abordagem da problemática pode ser feita, por outro implica em desvendar aspectos que não raro se encontram obscurecidos pela própria linha conceitual que se adote com relação à recepção.

Essas duas faces da mesma moeda, ou se se quiser, recepção teórica e recepção prática, evidentemente não cabem em um trabalho como esse. Assim sendo, e por um imperiosa necessidade metodológica, esquivo-me de tratar da recepção teórica e passo à recepção prática, somente.

A recepção prática operou-se na chamada ciência. O manancial científico foi, então, o objetivo colimado por esta recepção. Urge, portanto, que se procure uma fórmula conceitual capaz de dizer o que é a recepção prática do direito romano na Alemanha. Todavia, isto não é fácil como, à primeira vista, se poderia supor.

Quando se lida com fatos pretéritos, à luz de novos conhecimentos e de novas técnicas de investigação científica, há sempre um tropeço inexorável: como reconstruir a facticidade que se quer estudar sem, entretanto, deformá-la pela junção de elementos estranhos? Este é um sério problema, pois não é raro que autorizados nomes queiram estudar a Idade Média, *exempli gratia*, como se ela estivesse a ocorrer *hic et nunc*.

De qualquer sorte, é a partir da opinião dos doutos que se pode tentar traçar um modelo conceitual da chamada recepção prática, principalmente porque se está a lidar com uma ciência onde o "argumento de autoridade" é imprescindível: não se compreende trabalho acadêmico que não esteja recheado de citações que valem como atestado de erudição. E isto em uma época em que se afirma aos quatro ventos que é preciso estimular a produção intelectual de novos valores. Como diria o velho Bataglini, são as incongruências da ciência...

Mas voltando à problemática conceitual propriamente dita, entende Theodor Sternberg que a recepção deve ser entendida como sendo a *adopción del derecho extranjero* (Introducción a la Ciencia del Derecho, Editorial Labor S.A., Barcelona,

1930, p. 91, tradução de José Rovira y Ermengol). Todavia, em que pese a autoridade do autor citado, há quem entenda que essa concepção de que um determinado povo trocou a sua ordem jurídica por uma outra que lhe era, até certo ponto, estranha, é uma concepção ultrapassada.

O paladino dessa posição é Franz Wieacker. Esse autor sustenta a necessidade de uma revisão conceitual da chamada recepção prática do direito romano na Alemanha. Começa ele por entender que aquilo que se conhece com o nome de recepção não é um fenômeno excepcional na história do direito; pelo contrário, "A recepção de elementos culturais que um povo não pode produzir por si mesmo não é senão uma das muitas formas de manifestação das constantes transferências culturais em que se baseia a continuidade da civilização humana" (História do Direito Privado Moderno, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1900, pp. 129-130, tradução de A. M. Botelho Hespanha).

Analisando os conceitos propostos relativamente à recepção, Wieacker os agrupa em três classes: a primeira classe, representativa da primeira concepção, é aquela que sustenta que o povo alemão recebeu a ordem jurídica do povo romano (na fórmula de Wieacker se diz: "o povo A teria recebido um objeto do povo B"); a segunda concepção, afastada pela primeira, mas igualmente possível, seria aquela que enxergaria na recepção a mola propulsora, por assim dizer, da modificação do povo alemão, modificação essa feita pelos próprios alemães que assim teriam passado de uma situação anterior para uma nova situação (na proposição original se diz: "A modifica-se a si mesmo, passa de uma situação anterior para uma nova"); finalmente, a terceira concepção é aquela que tem a seguinte construção: "um A actual teria surgido, ele mesmo, sobretudo através do processo da recepção". Quanto ao primeiro modelo conceitual, sustenta Wieacker que ele foi favorecido, ou pelo menos justificado, pelo conceito de direito elaborado pela ciência histórico-jurídica do século XIX. Como consequência desse conceito, devia a recepção "manifestar o conflito histórico entre dois sistemas normativos desse tipo: a subversão de um ordenamento jurídico alemão de caráter unitário através de um outro, estrangeiro, do mesmo tipo, o romano" (ob. cit., p. 132).

Independentemente da análise dos outros modelos conceituais possíveis, o que me interessa fixar é precisamente a proposta de Wieacker. Esta proposta conceitual sobre a recepção, recepção prática, recorde-se, começa por pregar a necessidade de liquidação do modelo corrente (e que corresponde à primeira concepção já exposta, ou seja, a de que o povo alemão teria adotado a ordem jurídica do povo romano) e sua consequente substituição. Esse "expurgo" conceitual é plenamente recomendável em virtude de se achar impregnado pela filosofia positivista do século XIX, que tem na sua base o conceito de direito como sendo apenas um conjunto de normas. Este conceito, extremamente operacional, legitimou a concepção da recepção como adoção de uma ordem jurídica alheia.

Convém notar, por outro lado, que a chamada recepção prática do direito ro-

mano, como já antecipado ao se tratar da divisão da recepção entre teórica e prática, teve como alvo a doutrina e a ciência jurídica que havia se formado em Bolonha desde o século XII. Assim sendo, somente se pode falar em recepção do direito romano (justinianeu), "na medida em que aquela ciência proviera da descoberta do *Corpus Iuris*; mas ela apenas o admitiu nos limites e com a interpretação que esta ciência lhe tinha dado". Mesmo esta forma de encarar a recepção prática do direito romano não obsta a Wieacker que se possa, a rigor, falar de uma adoção do direito romano. Trata-se do especialíssimo caso de "aplicação das normas do direito privado romano na versão clássica-classicista do Código Justinianeu".

Com base em tais observações, chega Wieacker à conclusão de que o substitutivo conceitual do falido modelo inspirado e alimentado pelo conceito positivista do direito deve ser a "idéia de que o sujeito da recepção, a própria comunidade dos alemães, ela própria se modificou". Esta auto-modificação, por assim dizer, se constitui no núcleo de interesse para o historiador do direito, quando se tenta traçar um modelo conceitual para a recepção prática.

Por esta via, chega Franz Wieacker à sua tese principal: a recepção nada mais é do que "a cientificização do corpo do direito alemão e dos seus portadores especializados". Isto significa que os conflitos, sejam públicos ou privados, ao terem suas resoluções baseadas em uma regra jurídica obtida racionalmente, e não mais com base nos azares creditados à tradição, à força ou às emoções, se constituem em um sinal de que a vida pública alemã havia se racionalizado intelectualmente. E esta racionalização intelectual era exatamente o produto da recepção prática do direito romano, via cientificização.

Esta concepção de Wieacker, repetida sempre durante toda a exposição que faz da recepção em sua obra, pode ainda ser traduzida em termos menos latos. A rubrica generalizadora da cientificização do direito alemão e dos seus portadores especializados, nas palavras do próprio autor em tela, vai desaguar na afirmação de que a recepção deve ser entendida como sendo a "a aquisição de poder dos juristas letrados e os seus métodos de aplicação do direito no conjunto da vida pública" (para todos estes pontos da concepção de Franz Wieacker, veja-se ob. cit., p. 133 *usque* 138).

É preciso, entretanto, fixar o conteúdo da expressão "aquisição de poder" sob pena de ensejar interpretações desconexas com a realidade que tal expressão pretende designar. E isto se consegue volvendo à noção de recepção prática, tal como a entende Franz Wieacker, de onde se pode extrair a conclusão de que referida expressão não pretende dizer nada mais e nada menos do que os juristas da época da recepção, ao dominarem as técnicas de interpretação advindas da escola de Bolonha, se sobrepuseram aos demais no sentido de que tinham "novas ferramentas de trabalho". Aliás, esse domínio da nova técnica hermenêutica geraria uma espécie de "consultoria jurídica" que, segundo Paolo Vinogradoff, *formò il tramite principale per la sua applicazione* (do direito romano) *nei primi stadi del processo. Funzio-*

*nari che erano in dubbio circa qualche problema intricato di diritto ed amministrativo, ed anche contendenti in liti complicate, cominciarono a cercare il consiglio di giuristi ben condiseiuti, specialmente di dottori di diritto nelle Università* (Direito Romano Nell'Europa Medioevale, segunda edição, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano. 1950, tradução de S. Riccobono, p. 100).

A tese de Wieacker, conquanto seja uma espécie de giro de Copérnico da história do direito, parece não estar sozinha. Pelo contrário, o grande Paul Koschaker, com a sua imensa autoridade, no assunto, igualmente sustenta que o direito romano não foi recebido na Alemanha como um sistema de normas, ou seja, como ordem jurídica. Para ele há que se falar em uma recepção formal (o *Corpus Juris Civilis*) e em uma recepção material, consubstanciada na elaboração feita pela Escola de Bolonha.

Assim sendo, conclui Koschaker que *el corpus iuris y de entre las partes de éste, los Digestos de um modo especial, por sua extensión y complejidad, jamás fueron utilizados inmediatamente en la práctica jurídica y requirieron una especie de intermediario que los hiciera accesibles a ella* (Europa y el Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1955, tradução de José Santa Cruz Tijeiro, p. 240).

Mas, o que foi, em termos conceituais, a recepção prática do direito romano na Alemanha? Diante das teses de Wieacker e de Koschaker, a mim me parece que não se pode aceitar que a recepção tenha sido a adoção da ordem jurídica romana pelo povo alemão, e isto pelos argumentos já expendidos por estes dois juristas. Há que se elastecer esta concepção, como faz, de forma declarada, Franz Wieacker, e de forma implícita Koschaker, no sentido de se encarar a recepção como a cientificização do direito alemão e dos seus juristas ou, o que dá na mesma, abstraída a questão de forma e considerada apenas a questão de fundo, como um direito de juristas, consoante a doutrina de Paul Koschaker. Todavia, ao formar posição ao lado desses autores, no tocante à questão da concepção da recepção prática do direito romano na Alemanha, sinto-me impelido a examinar a ligação existente entre a Escola de Bolonha e o fenômeno da recepção na Alemanha, por entender que este ponto tem importância para a questão debatida.

### 3. A ESCOLA DE BOLONHA E A RECEPÇÃO PRÁTICA DO DIREITO ROMANO NA ALEMANHA

Para se entender o fenômeno da recepção (e no caso em tela somente se toma em linha de evidência a recepção ocorrida na Alemanha), a mim me parece que se torna imprescindível examinar o chamado legado da Escola de Bolonha, posto que ele não é, de maneira nenhuma, algo desprezível. Pelo contrário, dada a grandeza dessa escola, não se pode olvidar a importância posterior dos ensinamentos que nela foram ministrados.

Antecipando um pouco essa ligação, que quase chega a ser umbilical, pode-se dizer, com Alcides Tomasetti Jr., que a Escola de Bolonha foi "como verdadeira instância de conexão entre as exigências contemporâneas e a adoção de *lex romana* (o fenômeno da recepção)" (Escola de Bolonha, verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 12, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 73).

Vejam, então, como essa escola se desenvolveu a ponto de ter influenciado um acontecimento da envergadura da recepção. Como se sabe, durante o século xix, ocorreu o chamado renascimento, em cuja amplitude se compreendia o aspecto jurídico, representado, então, por algo que se chamou "a redescoberta do direito romano justinianeu". Segundo Alcides Tomasetti Jr. esta redescoberta se constitui em uma verdadeira *vexata quaestio*, pois não se sabe com precisão o fator determinante desse evento. Todavia, independentemente dessa complicação "genealógica-fática", o que interessa sublinhar é que o fato efetivamente ocorreu.

E no meio das demais ocorrências renascentistas, por assim dizer, funda-se a Escola de Bolonha, pelas mãos de Irnério. Opina Tomasetti, apoiado em Gencetti, que o Estudo (nome dado à Escola de Bolonha) nascera "por ligação a uma escola de notariado, que certamente existiu em Bolonha, na segunda metade do século XII, e que, mais do que uma escola de artes, teria se constituído num ambiente de fato propício à iniciação de aprofundados estudos jurídicos".

Entretanto, é conveniente registrar a opinião, calcada na tradição, de que o Estudo teria nascido "ligado a uma escola de artes liberais, na qual ensinava Irnério, *magister artium*" (para todos esses pontos, consulte-se Alcides Tomasetti Jr., ob. cit., pp. 59-60).

Seja como for, o certo é que foi na Escola de Bolonha que os textos justinianeus foram estudados. E o foram na sua forma genuína e íntegra, não em forma de compêndios, epítomes e extratos. Este estudo dos textos "originais", por assim dizer, é apontado por Tomasetti como uma nova orientação científica. (ob. cit., p. 71). Foi precisamente o *digesto* que serviu de ponto inicial aos trabalhos da escola dos glosadores – nome dado à Escola de Bolonha em virtude de nela se utilizar a "glosa", ou seja, "a exegese textual, o esclarecimento literal ou substituição de uma palavra ou expressão mais difícil por outra mais fácil" (Alcides Tomasetti Jr., ob. cit., p. 71).

A glosa foi, então, o método utilizado para as primeiras abordagens do *digesto*. Nada obstante, esse método de trabalho sofreu uma evolução no sentido de que se passou da glosa interlinear (porque poderia ser escrita entre uma linha e outra do texto) para a glosa marginal, nome derivado do fato de as anotações serem feitas às margens dos textos. Esta última forma de glosa já é considerada como uma forma superior à glosa interlinear. Mais: credita-se a ela um maior desenvolvimento teórico, traduzido no fato de o seu conteúdo se distanciar, *ex vi* da técnica empregada, do texto primitivo. Talvez por isso seja chamada também de *apparatus*.

Na verdade, a glosa foi uma espécie de instrumento com o qual os mestres bolonheses tornaram acessível aos Juristas o complicado edifício do *Corpus Juris Civi-*

lis. Esse trabalho de tornar acessível o que era naturalmente inacessível atingiu o seu ponto alto com a chamada "glosa ordinária" ou "magna glosa", de Acúrsio. Paul Koschaker doutrina que essa glosa veio "*acallar una exigência de la época: la de disponer de una casuística autorizada y accesible. E corpus iuris ofrecía la causística a través de esta glosa, la autoridad la prestaban el emperador Justiniano y la idea del *primerium romanum*, y finalmente, la facilidad de acceso la procuraba la especial índole de la obra de Accursio* (ob. cit., p. 139). Um outro aspecto que também merece ser lembrado é o relativo à existência de estudantes estrangeiros na Escola de Bolonha. Com efeito, estes, segundo Tomasetti, eram os grandes privilegiados. Além de poderem votar nas assembléias ainda dispunham de outros direitos, ou privilégios, que lhes foram concedidos por Frederico I (sobre o assunto, veja-se Alcides Tomasetti Jr., ob. cit., pp. 68 e 78, nota 37).

É razoável supor que entre esses estudantes estrangeiros alguns fossem alemães, o que se tem confirmado pela autoridade de Theodor Sternberg: *En las universidades italianas, gran número de extranjeros, especialmente alemães estudiaban derecho romano* (ob. cit., p. 94). E a linha de razoabilidade continua a ser traçada quando se supõe que esses alemães, ao regressarem à sua pátria, gostariam de aplicar os conhecimentos adquiridos na Escola de Bolonha, ou seja, a doutrina e os métodos de investigação desenvolvidos pelos mestres bolonheses a partir do *Corpus Juris Civilis*. Segundo ainda Theodor Sternberg, tal aplicação não foi difícil, principalmente por causa da confusión y el atomismo que aquejaban al derecho alemán (ob. cit., p.95).

Wieacker sustenta que a recepção "começou, antes, com o aprendizado de uma gramática jurídica e com a entrada dos juristas que a tinham aprendido na vida pública do norte da Europa" (ob. cit., p. 136). Ora, se atribui um peso decisivo a esses Juristas, ou melhor, à sua ação no período em que a Alemanha se viu envolvida pela recepção, donde me parece lícito concluir que essa participação, principalmente nas grandes administrações eclesiásticas e temporais, foi uma espécie de instrumento por onde escoaram os ensinamentos dos mestres bolonheses. É de meridiano entendimento que, via de regra, há a formação de "escolas", por assim dizer, em torno do pensamento de mestres universitários que procuram estimular esses seus seguidores a difundirem a doutrina professada. Mas, mesmo que os professores de Bolonha não tivessem a preocupação de que sua doutrina fosse conhecida fora dos limites da Itália, esse conhecimento viria naturalmente, posto que a escola, como já se sublinhou, não era formada apenas de estudantes italianos, mas também por estudantes estrangeiros.

Verdade que a doutrina construída na Escola de Bolonha não deve ter-se imposto tão-somente pela autoridade dos professores, pois como lembra René David:

*"As universidades nunca pretenderam impor soluções romanas. Estas nunca foram instituições supranacionais encarregadas da*



*aplicação do direito. Apenas declararam como era necessário conceber o direito, e, partindo dos textos romanos, procuraram mostrar qual era, segundo sua opinião, o melhor direito e como se podia chegar ao seu conhecimento. A sua obra foi apenas de persuasão; não consistiu na imposição da uniformidade pela via da autoridade"* (René David, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 2ª ed., Ed. Meridiano Limitada, Lisboa, 1978, tradução de Hermínio A. Carvalho, p. 72).

Todavia, no caso específico da recepção prática do direito romano na Alemanha, a mim me parece que não se pode deixar de admitir que, por via indireta, houve um certo peso da autoridade dos Doutores de Bolonha. Tentemos precisar este ponto. Inicialmente, durante os séculos da recepção, o surgimento de um novo modelo de política econômica – o capitalismo – trouxe consigo a exigência de uma certa ordenação jurídica das novas relações que se instaurariam com base nesse modelo econômico. Tal ordenação teria que ser feita, basicamente, por três motivos: a) era necessário um direito que fosse estável, ou seja, que fosse capaz de dar segurança jurídica às relações oriundas do capitalismo; b) era mister um direito que fosse único, isto é, um direito que regesse de modo uniforme essas mesmas relações, o que abriria perspectiva de um comércio intereuropeu; c) por fim, necessitava-se de um direito que tivesse um cunho individualista, no sentido de que esse direito teria que oferecer uma base jurídica à atividade do empresário.

Mas qual direito se prestaria para atender a essas necessidades práticas? Esta era a grande pergunta. Sua resposta, entretanto, era fácil: o direito romano. E isto por três fatores: a) o atendimento da segurança jurídica das relações (direito estável) era feito com base na sua abstração, ou seja, era menos casuístico que os outros direitos da alta idade média; b) a exigência de um direito que fosse único era satisfeita por ser o direito justinianeu aceito como direito subsidiário comum em todos os Estados Europeus (o que viabilizava o pretendido comércio intereuropeu) e c) por fim, alguns institutos do direito justinianeu, *verbi gratia*, a autonomia negocial, a personalidade jurídica e o direito de propriedade, eram compatíveis com as novas idéias mercantis advindas com o capitalismo.

Com tais "atributos", evidentemente, o direito justinianeu se creditava para ser o direito que iria regular as relações mercantis capitalistas. Não havia como ser outro direito (sobre esses pontos, consulte-se Alcides Tomasetti Jr., ob. cit., p. 57). Entretanto, como já lembrado por Koschaker, o direito justinianeu, em sua forma originária, não se prestava a consultas diretas com o fito de resolver problemas práticos. Era necessário, então, que os Doutores sobre ele se debruçassem para elucidá-lo e torná-lo acessível. Isto, como se viu, foi feito através da glosa – em suas diversas fases – que teve nos Doutores bolonheses o seu elemento de desenvolvimento. Pois foi a Magna Glosa de Acúrsio que veio preencher essas necessidades de apli-

cação do direito justinianeu, reinando absoluta na prática jurídica, posto oferecer a casuística necessária ao atendimento das exigências do capitalismo, de forma acessível.

Em assim sendo, parece-me que no tocante à autoridade da glosa – ou direito das universidades, para René David – é necessário se assumir uma posição intermediária: não se deve negar categoricamente essa autoridade (René David) nem tampouco cair no exagero de elegê-la como regra (como o faz Tércio Sampaio Ferraz Jr. quando entende que a dogmática jurídica, enquanto processo de conhecimento, teve suas proposições fundamentais dadas e predeterminadas tão-somente pela autoridade dos Doutores de Bolonha) (citado por Alcides Tomasetti Jr., ob. cit., pp. 73-74).

Eu afirmei retro que se poderia falar de uma autoridade indireta da glosa. Com efeito, essa autoridade existiu. O capitalismo recente optou pelo direito romano, como vimos, tão-somente porque este direito se prestava para preencher as suas exigências. A aplicação prática de tal direito, entretanto, é que sofreu a influência da autoridade dos Mestres bolonheses, pois foi somente através do seu labor intelectual que o direito justinianeu se tornou inteligível em termos práticos. E todos sabem, nada mais solar, que toda obra carrega consigo o germe do subjetivismo. E o que é o famoso (ou será famigerado?) "argumento de autoridade" a não ser o subjetivismo do autor de determinada obra ao lograr as bênçãos da não menos famosa *communis opinio doctorum*? E por acaso não era a Escola de Bolonha, para a comunidade, a representante excelsa dessa autoridade doutoral? Nessa linha de raciocínio, não vejo como negar à glosa uma autoridade indireta, ou se se quiser, relativa. Todavia, entenda-se: relatividade quanto à escola do direito romano como regente das relações econômicas surgidas com o capitalismo pois, é claro, que não foi a Escola de Bolonha, com sua obra, que definiu a escolha dos capitalistas pelo direito romano. Foi o próprio direito romano. A prática jurídica, entretanto, sempre foi campo reservado aos corifeus do direito, lugar onde as mais absurdas teorias são citadas e defendidas tão-somente porque um Savigny, um Kelsen ou um Cossio disse que algo era de determinado modo. Isto é o que Alfredo Augusto Becker, sarcasticamente, chamou de "anestesia do senso crítico" e que, para infelicidade da Ciência (com C maiúsculo) hoje é regra sedimentada.

Coerente com o conceito de recepção prática que adotei (o de Franz Wieacker) penso que a ligação da Escola de Bolonha com a recepção prática do direito romano na Alemanha pode ser apresentada da forma seguinte: a cientificização do direito alemão só foi possível graças ao método de investigação científica que se desenvolveu na Escola de Bolonha e que tornou acessível o direito justinianeu. Esse conhecimento produzido na Itália chegou à Alemanha precisamente por intermédio das escolas de direito desse país, pois como se viu alguns alemães lá se encontravam estudando. E ninguém nega a importância que esses estudantes, quando regressaram na condição de Doutores, tiveram na recepção prática do direito romano na

Alemanha. Aliás, tal fato, possivelmente, levou von Schwerin a sustentar que *La recepción práctica tiene sus raíces en el nacimiento de una judicatura perita en Derecho* (ob. cit., p. 267).

Como é sabido, esses juristas alemães, a princípio, não tiveram atuação na jurisdição geral, o que não lhes permitiu a utilização dos instrumentos de que dispunham na aplicação do direito. Sua atuação se fez sentir principalmente na questões de cunho administrativo (para maiores esclarecimentos, vide Franz Wieacker, ob. cit., p. 136).

Essa judicatura perita em direito – de que fala von Schwerin – parece que só começou a se formar a partir do ingresso de juristas na corte do rei na condição de conselheiros, principalmente nas questões em que o rei era obrigado a decidir pessoalmente, como juiz arbitral. Todavia, com a criação do chamado tribunal de câmara, seus conselheiros foram, em grande parte, escolhidos entre os juristas.

Entretanto, somente no ano de 1495, *el tribunal de la câmara del Império ou Reichskammergericht*, foi organizado como tribunal definitivo. Este tribunal, como é intuitivo, aplicou o direito romano como direito comum do império. Este é o ponto pacífico da questão. Nada obstante, o porquê de este tribunal ter assim procedido é que não se acha muito claro. Com efeito, enquanto Paolo Vinogradoff sustenta que *Questo Tribunale deliberatamente adottò per sua guida il diritto romano come il diritto comune dell'Imperio*, von Schwerin entende que essa adoção do direito romano como direito comum do império veio em função de ser *bizo a los asesores (...) que juzgaran según el Derecho comum del Imperio* (Paolo Vinogradoff, ob. cit., p. 104; Brunner, V. Schwerin são mais razoáveis, posto que é extremamente difícil conceber que àquela época um tribunal tivesse condições de, *motu proprio*, decidir que direito deveria ser aplicado. Mais: sabe-se que a aplicação do direito romano como direito comum do império era do interesse do rei (a velha concepção da *translatio imperii* dos imperadores romanos para os francos e alemães reforça essa idéia). Se assim é, torna-se complicado se admitir que o tribunal do império ousasse deliberar soberanamente quanto à adoção do direito romano, embora tal adoção viesse ao encontro dos interesses reais. A meu ver, o status de direito comum do império dado ao direito romano, pelo tribunal do império, nasceu da imposição do próprio rei, via juramento dos assessores ou componentes do citado tribunal. Se hoje os tribunais não conseguem essa independência, mesmo alimentados pela teoria propagada por Montesquieu – a separação dos poderes – imagine-se naquele tempo...

Quando o tribunal do império se posicionou da forma supra, os tribunais territoriais e locais lhe seguiram os passos. Estava consolidada a recepção prática do direito romano. Mas recepção nos moldes conceituais de Wieacker, uma vez que o direito justinianeu *fu adottato non direttamente dalle fonti originali, ma daí testi come erano stati glossati daí dottori italiani*. (Paolo Vinogradoff, ob. cit., p.104). Schwerin registra, entretanto, como exceções a essa "invasão" do direito romano,

Suiza e Schleswig, onde foi escassa a recepção do direito romano. Segundo ele, isto é explicável pelo fato de o tribunal do império não ter logrado atingir competência nesses dois lugares (ob. cit., p. 268).

Todo este desenvolvimento da questão, penso eu, reforça a idéia de que a Escola de Bolonha exerceu um papel considerável no processo que culminou com a recepção prática do direito romano na Alemanha. Evidentemente que eu não pretendo sustentar que essa escola tenha sido a causa dessa recepção. Não. Isto seria ir longe demais. Mas que ela foi o instrumento viabilizador dessa recepção, isto foi. O direito romano jamais teria entrado na Alemanha, pelo menos da forma como entrou, se os Mestres bolonheses, em primeira mão, não o tivessem tornado acessível pelo método da glosa. Mais: os estudantes alemães que se encontravam em Bolonha também são peças importantes desse fenômeno, posto que foram eles que operaram nos tribunais alemães a efetiva aplicação da doutrina e da técnica jurídica desenvolvidas pelos Doutores de Bolonha.

#### 4. DIGRESSÃO SOBRE A QUESTÃO DA VIGÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA ALEMANHA

Quer se adote um ou outro dos modelos conceituais relativos à recepção prática do direito romano na Alemanha, um fato se apresenta como incontestável: o direito romano teve vigência na Alemanha. Tentar revelar o como esse direito viveu e o porquê dessa vigência é o objetivo deste item.

Na questão relativa ao como da vigência do direito justinianeu na Alemanha, é particularmente interessante se perquirir se essa vigência se deu de forma absoluta, no sentido de que teria substituído completamente a ordem jurídica alemã, ou, ao revés, se coexistiu com o direito alemão propriamente dito. E se houve tal coexistência, em que bases ela se desenvolveu.

Não me parece necessário que se gaste muita tinta e muito papel para dizer que o direito justinianeu, de modo nenhum, substituiu de forma absoluta o direito alemão. Isto soa meio estranho pelo fato de eu ter afirmado supra que independentemente do conceito que se desse à recepção prática do direito romano na Alemanha, o problema da vigência desse direito (o romano) subsistiria. E continuo afirmando tal coisa. Todavia, entenda-se: o que vai variar em linha direta com a concepção que se adote da recepção prática é precisamente o como da vigência. Explica-se: para os que entendem que o fenômeno da recepção do direito romano na Alemanha se traduz no fato da Alemanha ter trocado o seu ordenamento jurídico pelo de Roma, nada mais cartesiano do que a conclusão de que o direito vencedor tenha reinado soberano após a "batalha"; entretanto, para os que estão na linha conceitual representada pela cientificização do direito alemão e dos juristas alemães, a conclusão é diferente: algo viveu na Alemanha com o nome de direito romano. Mas esse algo não pode ter sido o direito romano originário, *in natura*, pela simplória razão

de absoluta impossibilidade material, uma vez que o *Corpus Juris Civilis*, a exemplo dos nossos códigos atuais, não podia ser colocado debaixo do braço e no foro, com gestos teatrais, ser aberto pelo advogado que invocaria o artigo "x" para defender a sua causa. Aí se tem a variação a que me referi. Assente-se então como ponto de partida que o direito romano que viveu na Alemanha foi aquele que foi construído pelos Mestres de Bolonha.

Encontra-se freqüentemente nos livros de história do direito a afirmação de que o direito romano recebido na Alemanha teve uma vigência subsidiária com relação ao direito alemão (vide, por exemplo, Theodor Sternberg, ob. cit., p. 97). Esta afirmação, todavia, há de ser entendida de maneira adequada sob pena de se chegar a conclusões insustentáveis.

A chamada recepção teórica do direito romano na Alemanha – que hoje já se põe em dúvida a sua qualidade de recepção propriamente dita – veiculou a idéia de que *"el sacro romano imperio significaba una constitución del antiguo imperio romano, de que consiguientemente las leyes de los emperadores romanos era leyes de los antecesores de los reyes alemanes y que, como tales poseían vigencia subsidiaria"* (Brunner v. Schwerin, ob. cit., p. 266). Por essa via foi, que o direito romano passou a ser considerado como direito comum do império alemão. Essa qualidade do direito romano, prima facie, faz supor que os alemães tenham se defrontado com a complicadíssima questão de terem dois sistemas jurídicos superpostos e que somente à luz dos fatos concretos um dos dois sistemas seria aplicado. A hipótese é sedutora, sem dúvida, mas ao que parece é também insubsistente. A sedução parece advir da famosa "Teoria Estatutária", elaborada pelos italianos, e que foi recebida na Alemanha. Por essa teoria, os estatutos teriam uma aplicação restritiva enquanto o direito romano teria uma aplicação mais dilargada. A finalidade de tal teoria, como se depreende, era legitimar a validade geral do direito justinianeu (sobre o assunto, veja-se Franz Wieacker, ob. cit., p. 145). Mas repare-se: a idéia do direito romano como direito comum não excluía a vigência do direito estatutário alemão, pelo menos em tese. Isto seria então um fator que consolidaria a idéia de dois sistemas jurídicos superpostos.

Ocorre, entretanto, que a sustentação de tal idéia só é possível a partir de um dado: a existência de um sistema jurídico na Alemanha à época da recepção. Este dado, todavia, parece inexistir. Esta é a doutrina de Paolo Vinogradoff que não hesita em sustentar que *Diritto germanico come una unità non esistette alla fine del medio Evo* (ob. cit., p. 92). Igualmente, Theodor Sternberg: *El derecho alemán no tenía ningún sistema. Los estatutos eran islas insignificantes en el vasto mar del derecho integral, y para mayor seguridad ni siquiera se toleraba que los restos del derecho alemán fuesen aplicados fuera de si por aplicación analogica* (ob. cit., p. 97). A partir de tais considerações, a idéia de dois sistemas jurídicos que coexistiam pacificamente é inviável. Mas mesmo assim ainda se pode tentar defender outra posição: o sistema jurídico romano coexistiu com um amontoado de leis alemãs, que

não obstante tal caráter, possuíam a dignidade de leis e podiam ser invocadas, ainda que restritivamente. Tal tese, se efetivamente levantada, seria mais razoável. E ao que tudo indica realmente a coisa, nos primeiros momentos, funcionou com base nessa "reserva vigencial-latente" do direito alemão. Todavia, mesmo esta não tardou a ser pulverizada com a recepção do processo escrito. Como se sabe, o Juiz já estava acostumado com um direito que fosse certo e também escrito, sendo, quase sempre, estranho ao lugar onde fazia seus julgamentos. Disto resultou que a admissão do direito local se restringiu ao direito que estivesse escrito ou que tivesse uma vigência incontestável. Quanto ao direito não escrito, o Juiz só o conheceria como direito se ao lhe ser apresentado não restassem dúvidas da sua vigência como norma jurídica. Ora, nada mais foi preciso para que o direito local tivesse sua sentença de morte prolatada e executada, trabalho esse facilitado enormemente pela dispersão dos Estados territoriais, no tocante às suas leis.

Na prática, por outro lado, nem mesmo o direito particular que tinha sido compilado – embora tivesse uma feição científica – escapou dessa "seleção natural darwiniana". Se o direito romano era direito comum, a velha máxima *da mibi factum, dabo tibi jus* armava os juristas de eficiente instrumento que lhes permitia simplesmente ignorar o direito local, sob o patrocínio do soberano que dispunha de dois argumentos para justificar tal atitude, se por acaso ela lhe era denunciada: a unidade da jurisprudência e a Teoria Estatutária legitimariam esse descaso dos juizes para com o direito local (para todos esses pontos, consulte-se Fraz Wieacker, ob. cit., pp. 145-146).

Parece que somente o direito territorial teve uma certa preeminência frente ao *Jus Commune*, e assim mesmo na medida em que tal fato fosse estimulado pelo senhor do território e pelos estados territoriais, dependendo, ainda, que esse direito fosse compilado de forma científica (em consonância com a forma romana). A validade desse direito territorial, claro está, só se fazia sentir dentro da sua "unidade jurídica", ou seja, dentro do seu espaço territorial. Tal preeminência é creditada à maior parte do direito urbano e territorial dos fins dos séculos XV e XVI.

Ainda se pode vislumbrar uma espécie de solapamento do direito territorial, pelo menos na sua forma originária, promovida pelas reformas desse direito. Tais reformas foram feitas por juristas letrados, o que equivale dizer: versados na doutrina e na técnica bolonhesas, que procuraram, de forma relativa e difusa, valorizar as leis locais. Mas como o fundo se sobrepõe à forma, o que essas reformas realmente fizeram foi favorecer a introdução da técnica romana (entenda-se: técnica bolonesa a partir do *Corpus Juris Civilis*) na aplicação do direito (vide Franz Wieacker, ob. cit., pp. 146-147).

Pincelados os pontos mais gerais da questão de como o direito romano teve vigência na Alemanha, passemos agora a cuidar do porquê dessa vigência. Já se viu que a concepção da *translatio imperii* introduziu na Alemanha, via recepção teórica, o direito romano como direito comum do império. Disso se pode tirar uma primeira conclusão: o direito romano foi introduzido *ex vi* da autoridade do rei. Mas esta

conclusão somente permanece válida para os limites da recepção teórica do direito romano, uma vez que seu papel foi preparar o caminho para que a recepção prática desse direito pudesse ocorrer, ou seja, fundamenta-se teoricamente a recepção prática. Quanto a esta, há autores que entendem que ela ocorreu principalmente por causa do particularismo de leis existentes na Alemanha. Doutrina Theodor Sternberg que *La confusión del derecho alemán fué la triste venganza de su particularismo. Lo que en una parte era considerado como cosa sagrada por ser de derecho, en outra parte, a media milha de distancia o aun en outra corporación del proprio distrito, no era considerado como derecho* (ob. cit., p. 95). Tal situação acabava gerando uma incerteza terrível quanto à aplicação do direito alemão, pois, afinal, quem sabia o que era e o que não era direito na Alemanha? Como se pode ver, razão não faltou ao velho Pascal para construir a sua famosa frase com relação ao direito: verdade aquém pirineus; mentira além pirineus.

Diante desse quadro, diz Paolo Vinogradoff, "*Ricorrere al diritto romano como "diritto comune" era naturale ed inevitabile*" (ob. cit., p. 103). Uma outra conclusão surge: o direito romano passou a ter vigência na Alemanha motivada pela insuficiência jurídica do seu direito. Tal conclusão, por seu turno, implica noutra conclusão: *a de que il valore scientifico dell diritto romano non poteva essere contestado* (Paolo Vinogradoff, ob. cit., p. 107). Se assim é, resulta que o direito romano era tecnicamente superior ao direito alemão.

Paul Koschaker coloca o problema em outras bases. Para ele, *el derecho romano no fué objeto de la recepción por sus intrínsecas cualidades, sino por ser el derecho del imperium romanum, cuya idea pervive en el imperio alemán y en la cultura europea* (ob. cit., p. 207). Essa tese parece não discrepar da tese de Vinogradoff quando ele fala da recepção como sendo un movimento delle classi superiori (refere-se aos principados em que seus tribunais imitaram o tribunal do império na adoção do direito romano como direito comum) e *delle relative autorità politiche* (ob. cit. p. 105).

Qual tese deve prevalecer? O critério científico ou o critério político? A resposta de tal pergunta, pelo menos para mim, não é nada fácil. De qualquer sorte, e sem ter a pretensão de resolver coisíssima alguma, pronunciar-me-ei sobre o assunto.

Eu entendo que se há de fazer a divisão entre um porquê da recepção teórica e um porquê da recepção prática, em face de alguns problemas que são distintos. A tese de Koschaker – recepção do direito romano via poder político – somente é aplicável à recepção teórica, basicamente pela teoria da translatio imperii, e que vai desaguar no juramento dos membros do tribunal do império de julgarem somente de acordo com o direito comum (onde, evidentemente, se encontrava compreendido o direito romano). Quanto a este ponto fala, ou melhor, falou mais alto o poder político do soberano alemão.

Todavia, no tocante à recepção prática, não vejo como se possa escapar do aspecto científico da questão. Se a recepção prática é entendida como cientificização

do direito alemão e dos seus juristas, e se tal ocorreu a partir dos estudos feitos em Bolonha (paradoxalmente, Paul Koschaker não é contrário a esse fato, muito pelo contrário...) o porquê da vigência desse direito só pode ser o seu melhor acabamento técnico, uma vez que quem fala de "cientificização" pressupõe precisamente uma "não cientificização". Não se pode "cientificar" algo que já é "cientificado". Ademais, os Doutores são acordes em sustentar que a Alemanha não dispunha de um sistema jurídico, sendo, ao revés, o paraíso do caos, do atomismo, do particularismo. Não será razoável que este fato se constitua em indício da não cientificização do direito alemão à época da recepção prática do direito romano?

## 5. O LEGADO DA RECEPÇÃO

Preliminarmente, creio ser necessário balizar este item, ou seja, especificar o que se entende por "legado da recepção". Com tal título, quero significar tão-somente o que o direito alemão recebeu do direito romano através da recepção.

Começemos por aquilo que se poderia chamar de a recepção do direito público. Dentro desta ótica há que se destacar a recepção do direito político, dos *privilegia principis*, do *crimen laesae maiestatis*; do direito penal e do processo civil.

A recepção do direito político parece não estar livre de algumas complicações. Pelo fato de existir uma dessemelhança entre a situação constitucional de império na antigüidade e a situação constitucional da Europa. O *Corpus Juris Civilis* teve vários textos seus de direito público simplesmente "vetados" de saída, por serem, evidentemente, incompatíveis com a realidade imperial, enquanto outros, para serem aplicados, tiveram que sofrer interpretações que lhes deformaram o caráter originário.

No tocante à Alemanha, que é o que me interessa no momento, esses reflexos se fizeram sentir somente no início do século XV, quando o poder imperial agonizava. Daí então o poder imperial teve uma base legitimadora no direito romano, uma vez que ele se tornou o direito imperial. Com a recepção do direito político "foram recebidos os *privilegia principis* e, a partir de Carlos IV, também o *crimen laesae maiestatis*, ou seja, o conceito de alta traição". Quanto ao princípio *princeps a legibus solutus* não conseguiu se impor, embora tenha influenciado os conceitos de soberania e de lei (sobre o assunto, consulte-se Franz Wieacker, ob. cit., pp. 141-142).

No campo do direito penal, o que se recebeu na Alemanha foi a ciência penal desenvolvida pelos doutores italianos. E não podia ter sido diferente, uma vez que o direito penal originário (do direito romano) não possuía rigor conceitual, o que gerava o fato de as teorias gerais desse direito ainda se encontrar em sendo elaboradas. Entende Wieacker que essa falta de rigor conceitual do direito penal romano se deve às "profundas modificações da jurisdição penal romana a partir da República até o Dominado, passando pelo Estado, ainda de direito, do Principado" (sobre o ponto, vide Franz Wieacker, ob. cit., p. 143).



Quando a doutrina penal italiana, por assim dizer, chegou à Alemanha, a coisa estava um pouco complicada, mormente no aspecto penológico. A pena de morte, por exemplo, era aplicada sem critério algum. Dependia apenas da maior ou menor arbitrariedade de quem a aplicava, o que, por consequência, acarretava a ampliação do campo criminal abarcado por ela. Tal estado de coisas acabou forçando uma reforma, que seria materializada por uma ordenança da justiça penal de Carlos V. A influência do direito penal romano-italiano se fez sentir nesse momento, posto que tal ordenança baseou-se por um lado neste direito e por outro lado no direito alemão. Este "casamento feliz" teve como "filhos": em primeiro lugar, houve uma limitação das penas chamadas expiatórias, uma vez que a ordenança citada estabelecia o quando e o como do cabimento delas; em segundo lugar, houve uma caracterização razoável dos delitos ditos singulares, bem como conceitos gerais do direito penal (v.g., tentativa, legítima defesa e cumplicidade) ganharam maior rigor técnico; em terceiro lugar, assentou-se como princípio que *no debía ser lícita la condena apenas expiatorias si el derecho romano no establecía una pena de este carácter para el delito enjuiciable o para otro análogo* (para esses pontos, v. Brunner v. Schwerin, ob. cit., pp. 308-309).

No processo penal (ou mais rigorosamente falando, procedimento penal) a recepção do direito penal romano-italiano também se fez sentir através da referida ordenança de Carlos V. Entretanto, este ramo do direito não sofreu apenas a recepção de elementos advindos do direito romano. Também o direito canônico se infiltrou, de tal sorte que se pode dizer que aqui foi recebido uma espécie de mescla de direito romano e de direito canônico. A reforma desencadeada por Carlos V teve como resultado: regular o processo inquisitório (de origem canônica) que se encontrava sendo abusivamente aplicado, não raro com o emprego da tortura para obter a confissão do acusado e que serviria de base à prolação da sentença. Regulou também o procedimento penal que era iniciado por querela privada. Neste procedimento ainda se admitia a tortura, desde que o querelante (acusado) alegasse inocência, mas o juiz considerasse que havia indícios bastante fortes de que ele estivesse mentindo. Todavia, essa admissão da tortura tinha valor até certo ponto relativo, pois o que realmente tinha valor como prova não era a confissão obtida mediante tortura, mas sim as declarações que o acusado prestasse posteriormente (sobre o assunto, v. Brunner v. Schwerin, ob. cit., pp. 310-311).

No campo do procedimento civil, parece que a influência exercida pelo direito romano foi nenhuma. Isto provavelmente se explica pela velha teoria de que os romanos foram gigantes no direito privado e pigmeus no direito público. Segundo Wieacker, este direito sofre dos mesmos problemas do direito penal, ou seja, seus conceitos gerais se encontravam de forma imprecisa, e até mesmo de maneira confusa. Tal fato talvez sirva para justificar porque o procedimento civil na Alemanha foi desenvolvido com base nas concepções germânicas e no processo eclesiástico, de forma inicial, e na ciência processual da Itália, de forma posterior. Num outro está-

gio do procedimento civil alemão, a França conseguiu impor seu modelo. Mas tal fato, conquanto relevante para uma visão unitária da evolução procedimental alemã, desborda das linhas que balizam o meu trabalho.

A partir dessa insuficiência doutrinária dos conceitos gerais do procedimento civil romano, compreende-se porque von Schwerin sublinha a necessidade de se distinguir entre o procedimento formado pelo tribunal do império e o procedimento sajón. Como já visto, o tribunal do império adotou o direito romano e isto, evidentemente, obrigou também o referido tribunal a se guiar pelo procedimento advindo do direito adotado. Todavia, esse procedimento, pela sua falta de estrutura mesma, além de ser extremamente lento ainda se prestava a toda sorte de espertezas "procedimentais", por assim dizer. Coisa diferente ocorria com o procedimento sajón, uma vez que ele conseguiu manter algumas instituições processuais do direito alemão ao lado dos princípios recebidos da ciência jurídica italiana. Demais, tinha uma forma técnica muito superior à do procedimento do tribunal do império.

Era natural, portanto, que tal procedimento tivesse influído consideravelmente na reforma a que foi submetido o antigo procedimento alemão (do tribunal do império). O resultado dessa reforma foi que: suprimiu-se o procedimento por artigos (originário do procedimento sajón) em nome de uma maior celeridade procedimental que, por sua vez, originou a imposição de o demandado, por ocasião da contestação, alegar todas as exceções sob pena de preclusão. Posteriormente, o direito processual sajón serviu ainda de base para que o direito processual civil comum, servindo-se da influência de Mevius e Carpzov, utilizasse a via judicial para criar uma sentença especializada sobre a prova e que consistia em somente se apreciar como prova os fatos que realmente fossem decisivos para a solução do litígio (sobre os temas versados, Brunner v. Schwerin, ob. cit., pp. 313 usque 315).

Não foi, entretanto, no direito público que a força do direito romano se fez sentir, mas sim no direito privado.

Todavia, como lembra Wieacker, tal recepção não se fez de forma ininterrupta, mas sim de forma lacunosa, no sentido de que existiram avanços e recuos, causados pela resistência dos institutos alemães frente ao direito justinianeu (evidentemente com a feição que lhe deram os Doutores italianos).

Desse modo se tem que, de forma negativa, não foi recebido, pelo menos de início, a noção romana do status, principalmente a distinção entre Cives e Peregrini — esta condição, como registra a história, acabaria gerando, em Roma, um direito próprio. Tampouco foi recebida a famosa patria potestas romana, que a exemplo do status, era incompatível com a realidade familiar alemã.

Recebeu-se, porém, a incapacidade negocial do menor, de forma plena, a graduação de idades derivada do direito justinianeu e maioridade aos 25 anos de idade. Também foi recebida a técnica de organização da tutela (a cura minoris) que mais tarde se combinaria com elementos germânicos para formar outra tutela que se destinava aos órfãos menores (*a minores XXV annis*).

No direito sucessório, os alemães receberam dos romanos as chamadas formas de testamento, de forma inicial (Wieacker chega a falar em uma pré-recepção) e à época da recepção propriamente dita, receberam ainda toda a estrutura do direito sucessório romano, mormente o pacto sucessório (instrumento destinado a evitar que a herança se atomizasse). Entretanto, no tocante ao testamento, a chamada *heredis institutio romana* (ou deserdação dos co-herdeiros) não conseguiu penetrar na Alemanha como condição inafastável do testamento, em virtude de a família alemã ter uma concepção de cunho nitidamente comunitário relativamente ao patrimônio familiar e ainda porque em se tratando de relações agrárias a ordem de sucessão se orientava por outras formas, *verbi gratia* o direito do rendeiro. Foi ainda recebida a noção romana de sucessão por grau de parentesco, substituindo a chamada sucessão segundo ordens que reinava no direito alemão. Com a recepção da idéia romana sobre o testamento, veio atrelada a idéia da liberdade de testar, que, por sua vez, gerou a recepção da chamada cota legitimária justinianéia, ou direito de reserva material.

Questão complicada parece ser a que envolve a recepção do conceito romano de propriedade. Este conceito já foi apontado como responsável pelo aparecimento da sociedade de classes da época industrial. A desfavorabilidade da recepção desse conceito ainda é apontada na teoria dos bens imobiliários, principalmente pela aplicação da noção romana do colonato; do *jus emphyteuticum* ou da *locatio conductio in perpetuum* (que geravam a devolução hereditária); dos direitos de posse intransmissíveis e do arrendamento temporário. Todavia, como nem tudo se reveste apenas de coisas escabrosas, esse conceito romano de propriedade permitiu aos camponeses e aos poderes públicos que lutassem contra os senhores da terra, principalmente naquelas localidades em que a propriedade era reconhecida aos camponeses. Quanto às formas romanas de aquisição da propriedade, estas somente foram recebidas de modo formal, ou seja, não lograram aplicação efetiva. Como efeito profundamente nefasto da recepção de elementos do direito romano, cita-se o ocasionado pela recepção do direito pignoratício e hipotecário. Tal recepção, além de obstaculizar o crédito real urbano e rural, ainda impediu, através do contrato de hipoteca romano, que os cadastros prediais se desenvolvessem. O direito das obrigações e dos bens mobiliários parece ter se constituído no ponto forte da recepção, pois foi aqui que ela alcançou o seu ponto máximo. Nesse ramo do direito foi recebido: em primeiro lugar, a distinção entre contrato e quase-contrato, delito e quase-delito; em segundo lugar, toda a teoria da aquisição da propriedade dos bens mobiliários, a prescrição aquisitiva, bem como atos outros que envolviam problemas relacionados com a aquisição originária e derivada; todo o conjunto do direito obrigacional derivado das fontes romanas; enfim, recebeu-se a noção romana de penhor (*pignus*) e de hipoteca (*hypotheca*) (para toda esta parte da recepção do direito privado romano, veja-se Franz Wieacker, *ob. cit.*, pp. 144, 255 *usque* 267). A minha intenção, neste item, foi somente apresentar uma espécie de síntese daquilo que o

direito alemão tinha recebido do direito romano através da recepção, não examinar de per si cada uma dessas "recepções", o que, a toda evidência, se constitui em assunto para outro artigo e não para um simples item.

## 6. CONCLUSÃO

Como conclusão do meu trabalho, apresentarei algumas proposições, na medida do possível sintéticas, que pretendem unificar as conclusões parciais chegadas durante o seu desenvolvimento propriamente dito. Referidas proposições não pretendem ser verdadeiras, não pelo menos no sentido de que sejam infensas a críticas, mas tão-somente objetivam apresentar o meu pensamento, que a bem da verdade não é puramente meu, posto que me utilizei do pensamento dos outros. Nem muito menos pretendem ter resolvido algum problema ligado ao tema da recepção. Em matéria de conhecimento científico, eu, pelo menos, sou um homem cheio de dúvidas e tal fato me obriga sempre a colocar como provisório tudo o que escrevo. Hoje uma idéia pode ser apresentada de determinada maneira, amanhã, entretanto, à luz de novos fatos ou de novas leituras, não somente a mesma idéia pode ter outro desenvolvimento como pode, ela própria, ser posta de lado por inviável. É nesse sentido que Karl Popper diz que em ciência só o transitório é definitivo.

1. O conceito de recepção como sendo a substituição de uma ordem jurídica por outra é inadequado, pelo que se deve optar pelo modelo da cientificização do direito objeto da recepção, bem assim dos seus juristas;

2. A Escola de Bolonha foi o elemento viabilizador da recepção prática do direito romano na Alemanha, uma vez que se entenda tal recepção dentro do modelo proposto na conclusão 1, pois foi o direito, ou melhor, a doutrina e a técnica científica desenvolvida pelos Mestres de Bolonha, a partir do *Corpus Jus Civilis*, que foi recebida na Alemanha;

3. A questão da vigência do direito romano na Alemanha comporta uma bifurcação metodológica: o como e o porquê. O como vigeu o direito romano dentro da Alemanha é respondido pela afirmação de que este direito foi aplicado como direito comum, o que, pela Teoria Estatutária, possibilitava aplicação restritiva dos Estatutos. Isto teoricamente, uma vez que na prática o que se teve foi o primado do direito romano sobre o direito alemão. O porquê é explicado de forma bímembre: o porquê da chamada recepção teórica foi o poder político do imperador alemão. O porquê da recepção prática foi a superioridade técnica do direito romano em face do direito alemão;

4. A recepção do direito romano na Alemanha operou-se tanto no plano do direito público quanto no do direito privado, sendo que, neste último, ela foi mais intensa.